



Informe 5/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente).

Asunto: Determinación de la solvencia mínima a requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco

ANTECEDENTES

I. El Presidente de la Diputación de Barcelona ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con *"la aplicabilidad de la exigencia de solvencia y/o clasificación empresarial en los acuerdos marco de servicios"*.

En concreto, la consulta plantea las cuestiones siguientes:

"¿Cómo se tiene que fijar la clasificación empresarial -incluyendo categoría- en un acuerdo marco de servicios con presupuesto igual o superior a 120.202,42 €, cuando la cuantía de cada uno de los contratos derivados de éste no supere o no sea factible que llegue a este importe?"

¿Pueden presentar oferta a la licitación empresas no clasificadas?"

¿Se puede prever la posibilidad de establecer, posteriormente, la categoría de la clasificación exigida como criterio de solvencia, en función del precio del contrato derivado?"

¿Como resolver esta cuestión en la práctica, visto lo establecido en la legislación comunitaria y nacional, garantizando la aplicación de los principios que tienen que informar la contratación pública?"

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, establece que esta Junta emite informes sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Consideraciones previas

La Diputación de Barcelona plantea diversas cuestiones en relación con la exigencia de la clasificación empresarial para poder formar parte de un acuerdo marco de servicios que tiene un presupuesto de licitación igual o superior a 120.202,42 euros. Para dar respuesta a esta consulta, hay que analizar, por una parte, los requisitos de aptitud de las empresas



para contratar con el sector público, así como, por otra parte, la naturaleza jurídica y las características específicas de la figura de los acuerdos marco.

No obstante, vista la trascendencia de esta cuestión, se considera conveniente plantear el análisis de esta cuestión de forma global, de manera que se responda, en general, cuál tiene que ser la solvencia a requerir como condición de aptitud a las empresas para que puedan formar parte de un acuerdo marco -y, en su caso, la necesaria acreditación mediante una determinada clasificación empresarial-, sin circunscribir dicho análisis, exclusivamente, a la eventual fijación de la clasificación empresarial en acuerdos marco de servicios de una cuantía determinada.

II. La acreditación de la solvencia de las empresas como requisito de aptitud para contratar con el sector público

De acuerdo con el artículo 43 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, LCSP), las condiciones de aptitud que tienen que reunir las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, para poder contratar con el sector público son las siguientes: tener plena capacidad de obrar, no estar incursas en ninguna prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o estar debidamente clasificadas, en los casos en que lo exija la propia LCSP.

Este precepto pone de manifiesto, al mismo tiempo, cuáles son los requisitos mínimos y máximos que se pueden exigir, desde el punto de vista de la aptitud, para que las empresas puedan licitar, de manera que sólo pueden hacerlo las que cumplan los requisitos fijados en este artículo pero, al mismo tiempo, pueden licitar todas las que los cumplan, dado que fuera de ellos la Ley no prevé la posibilidad de exigir otros diferentes¹.

En el ámbito del derecho comunitario, la exigencia de verificar la aptitud de las empresas queda establecida en el artículo 44 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (de ahora en adelante, Directiva 18/2004). De acuerdo con este precepto, la adjudicación de los contratos se tiene que realizar previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46², que tienen que llevar a cabo los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas previstos en la misma Directiva.

¹ Así lo ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 9/09, de 31 de marzo de 2009.

² Estos artículos se refieren, por una parte, a lo que en el derecho español se ha transpuesto como causas de prohibición de contratar y, por otra parte, a la necesidad de habilitación profesional, respectivamente.



Este precepto de la Directiva 18/2004 establece la exigencia de verificar la aptitud de las empresas antes de adjudicar los contratos, de manera que la opción escogida por el legislador estatal, consistente en hacer esta verificación en el momento inicial del procedimiento de licitación -con la consiguiente exclusión de aquéllas que no lo acrediten, sin entrar a valorar su oferta- es una de las opciones de transposición de la Directiva, pero no la única. Efectivamente, de la redacción de este artículo se desprende que la Directiva 18/2004 también permitiría que las empresas acreditaran la aptitud en un momento posterior a la inicial del procedimiento de licitación, una vez valoradas, por ejemplo, las ofertas presentadas.

En concreto, con respecto al requisito relativo a la acreditación de la solvencia, el artículo 51 de la LCSP prevé que para suscribir contratos con el sector público los empresarios tienen que acreditar que cumplen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que determine el órgano de contratación y que este requisito se puede sustituir por el de la clasificación cuando ésta sea exigible de acuerdo con lo que dispone la propia LCSP. Este precepto dispone también que los requisitos mínimos de solvencia que tiene que cumplir el empresario se tienen que indicar en el anuncio de licitación y especificarse en el pliego del contrato, junto con la documentación requerida para acreditarlos³, y tienen que estar vinculados al objeto de los contratos y ser proporcionales.

Por su parte, el artículo 44 de la Directiva 18/2004 también prevé, entre otros extremos, que los poderes adjudicadores puedan exigir los niveles mínimos de capacidad que los candidatos y licitadores tienen que tener de acuerdo con los listados tasados de medios de acreditación que prevén los artículos 47 y 48 de la misma Directiva, y que *"los niveles mínimos de capacidad exigidos para un contrato determinado tienen que estar vinculados y ser proporcionales a la finalidad del contrato".*

En relación a estas previsiones, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) afirmó, ya el año 1988⁴, que el objeto de los artículos de la Directiva en materia de contratación pública que establecen los medios de acreditación de la solvencia (con referencia a la Directiva entonces vigentes) no tienen por objeto delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad económica, financiera y técnica requeridos para participar en los diferentes contratos públicos, sino determinar cuáles son las "referencias comprobatorias o los medios de prueba" que se pueden aportar para justificar la capacidad financiera, económica y técnica de los contratistas. Asimismo, el TJUE manifestó que, no obstante, de estas disposiciones se derivaba que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas a partir de criterios fundamentados en su capacidad económica, financiera y técnica.

³ La solvencia a que se refiere este precepto tiene que acreditarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la LCSP, mediante la aportación de los documentos que el órgano de contratación determine, de entre los previstos -con carácter tasado- en los artículos 64 a 68 de la misma LCSP.

⁴ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 1988 (as. 31/87, Gebroeders beentjes bv contra el Estado de los Países Bajos).



También en relación con la exigencia de acreditación de la solvencia de las empresas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha afirmado, en el informe 53/10, de 10 de diciembre, en el cual analiza a la *Guía sobre contratación pública y competencia*⁵, que esta exigencia "se configura como un soporte fundamental del sistema de selección del candidato a la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y en su aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación".

Por otra parte, el artículo 54 de la LCSP, establece como medio "obligatorio" de acreditación de la solvencia la clasificación empresarial, ya que la prevé como "requisito indispensable", "para contratar con las administraciones públicas la ejecución de contratos de obras de un importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por un presupuesto igual o superior a 120.000 euros⁶ (excepto para contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del anexo II)". Así, de acuerdo con el artículo 56 de la LCSP, la clasificación de las empresas, hecha en función de su solvencia, "determina los contratos a cuya adjudicación pueden contribuir u optar en razón de su objeto y de su cuantía" y, a este efecto, los contratos se dividen en grupos generales y subgrupos, por su naturaleza peculiar, y dentro de éstos por categorías, en función de su cuantía.

La posibilidad de que haya sistemas de clasificación previa se incardina, a nivel comunitario, en el artículo 52 de la Directiva 18/2004, que establece que "*los Estados miembros podrán establecer listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios autorizados o una certificación por parte de organismos de certificación públicos o privados*". La Directiva no prevé, en cambio, que en caso de existir la clasificación empresarial tenga que ser obligatoria para las empresas⁷.

⁵ Esta Guía, elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia y hecha pública el 7 de febrero de 2011, tiene por objetivo fomentar la competencia en los procedimientos de contratación pública mediante, por una parte, la determinación de pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de estos procedimientos no se introduzcan restricciones injustificadas en la competencia y, por otra parte, la aportación de orientaciones para prevenir o evitar que las empresas licitadoras lleven a cabo actuaciones colusorias. La Guía se encuentra disponible en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (www.cncompetencia.es).

⁶ Hay que tener en cuenta, respecto a los contratos de servicios, que la clasificación empresarial es exigible en los que tienen un presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros, incluyendo el IVA, de acuerdo con lo que dispone la disposición transitoria quinta de la LCSP y con la interpretación de esta Junta Consultiva -y de otras- recogida en los acuerdos 1/2008, de 20 de junio, y 1/2009, de 30 de junio.

⁷ La Comisión Nacional de la Competencia se ha pronunciado sobre esta cuestión en el informe IPN 04/2008, aprobado en la reunión de 26 de noviembre de 2008 y relativo al Proyecto de real decreto por el que se desarrolla parcialmente la LCSP en materia de clasificación de contratistas y órganos competentes en materia de contratación (punto IV.1). Entre otros pronunciamientos, la Comisión Nacional de la Competencia afirma que la obligatoriedad de la clasificación empresarial resulta discutible, además de porque puede implicar un trato discriminatorio de las empresas españolas, porque "*establece una primera barrera de entrada que puede resultar excesivamente lesiva de la competencia de acuerdo con la finalidad que con ella se pretende conseguir*".



Las diferentes juntas consultivas de contratación administrativa se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre diferentes aspectos y cuestiones surgidas con ocasión de la exigencia de la clasificación empresarial. A efectos del análisis objeto de este informe, se considera conveniente recordar que, tal como afirmó esta Junta Consultiva en el informe 7/2007, de 21 de diciembre, *"el régimen jurídico de otorgamiento de la clasificación empresarial está basado en el hecho de que el contratista tiene que acreditar bastante solvencia económica y técnica para la ejecución propia del objeto contractual, es decir, tiene que acreditar los medios humanos, financieros y tecnológicos suficientes, así como la experiencia adecuada para la ejecución del contrato"*.

Asimismo, de acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, expresado en diversos informes⁸ y recogido recientemente en el ya mencionado Informe 53/10, *"la clasificación empresarial tiene como finalidad adecuar las posibilidades de las empresas a las exigencias que el cumplimiento de cada contrato comporta, de manera que por vías objetivas, debidamente garantizadas, se determine de antemano la idoneidad de cada una con vistas a favorecer su acceso a la contratación mediante una determinación previa de las actividades a que puede concurrir y el importe de la misma respecto de lo que representa la ejecución parcial de la actividad mencionada"*.

En este mismo informe, se recuerda que aquella Junta Consultiva ha considerado que *"el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, cuya falta determina la sanción más grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que sufren de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho. De esta consideración normativa de la clasificación como capacidad especial y, consecuentemente de su falta como incapacidad especial, se puede extraer un primer argumento contrario a la posibilidad de exigencia de clasificación en contratos para los cuales este requisito no está establecido expresamente y de forma preceptiva, ya que, según unánime opinión doctrinal y jurisprudencial, las incapacidades especiales y las prohibiciones tienen que ser expresas en la Ley y no se pueden inducir ni presumir"*.

La Comisión Nacional de la Competencia manifiesta, en la *Guía sobre contratación pública y competencia*, mencionada anteriormente, que tanto la clasificación empresarial como los requisitos de solvencia exigidos por los entes públicos *"tienen que estar justificados sobre bases relacionadas con el objeto del contrato, ya que una clasificación excesivamente exigente puede elevar sustancialmente las barreras de entrada"*. En este mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirma, en el Informe 53/10, ya citado, que *"la determinación de los medios de solvencia, económica y financiera y profesional o técnica, tiene que estar relacionada con el objeto del contrato y ser proporcional al mismo, ya que si no es así se está incumpliendo el principio de no discriminación"*.

⁸ Informes 37/00, de 21 de diciembre, 21/94, de 19 de diciembre, 48/96, de 22 de julio, y 23/96, de 5 de junio, entre otros.



También en esta misma línea, la *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*⁹ elaborada por la Autoridad Catalana de la Competencia, menciona los requisitos de solvencia entre los elementos de la LCSP que pueden tener un impacto significativo en la competencia, en el sentido que el grado de exigencia en estos requisitos afecta el número de potenciales licitadores. Así, la Autoridad Catalana de la Competencia manifiesta que la exigencia de los requisitos de solvencia *"cuando son necesarios y proporcionales permite asegurar, en mayor medida, la satisfacción del objeto de la licitación,"* pero que *"las exigencias en materia de solvencia -independientemente de su forma de acreditación- constituyen obstáculos injustificados en el acceso a una licitación cuando no son necesarios o proporcionales con el objeto del contrato, de manera que reducen la competencia (...)"*.

Conviene también hacer referencia en este punto al *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (COM (2011) 15 final)¹⁰ en el que la Comisión Europea trata temas fundamentales en materia de contratación pública que pueden ser objeto de reforma. En concreto, en el apartado relativo a la accesibilidad del mercado europeo de la contratación pública, se plantea, entre otras posibles medidas y para evitar que los poderes adjudicadores establezcan criterios de selección demasiado exigentes, la introducción en las normas de la UE de un tope a determinados requisitos de selección cualitativa. La Comisión plantea esta posibilidad como medida de desarrollo de la obligación ya existente de aplicar criterios de selección proporcionados, que restringiría la libertad de los poderes adjudicadores para determinar qué niveles consideran necesarios para asegurar la ejecución adecuada de los contratos.

En definitiva, los requisitos mínimos de solvencia -o, en su caso, de clasificación empresarial- que se requieran para una licitación determinada del sector público tienen que estar relacionados con la concreta prestación que conforme el objeto del contrato en la licitación del cual se requiera, en la medida en que con su acreditación se pretende garantizar la capacidad económica, financiera y técnica (o profesional, en el caso de contratos de servicios y de contratos diferentes a obras y suministros) que tienen las empresas para su ejecución. Asimismo, tienen que ser proporcionales con aquella concreta prestación, para no vulnerar los principios de concurrencia y no discriminación y, por lo tanto, no ser contrarios a la libre competencia.

Adicionalmente, hay que recordar también que los principios que inspiran la normativa de contratos del sector público tienen por finalidad la promoción de la libre competencia en los

⁹ Esta Guía, de junio de 2010, que complementa los principios que establece la normativa reguladora con el objetivo de prevenir y detectar la colusión en la contratación pública, se encuentra disponible en la página web de la Autoridad Catalana de la Competencia (<http://acco.gencat.cat/guies-recomanacions/guies.html>).

¹⁰ Este Libro Verde ha sido elaborado por la Comisión Europea en el marco del periodo de consulta sobre la modernización del mercado europeo de la contratación pública que abrió el 27 de enero de 2011.



procedimientos de contratación pública, que es el objetivo fundamental de la normativa comunitaria¹¹ y nacional¹² en la materia y que deriva en una utilización eficiente de los fondos públicos y, por lo tanto, en beneficio del interés general.

III. Características y naturaleza jurídica de los acuerdos marco¹³

Con el fin de dar respuesta a la consulta que plantea la Diputación de Barcelona hay que analizar la figura del acuerdo marco, especialmente respecto a su naturaleza jurídica, a efectos de determinar el régimen que le tiene que resultar de aplicación en relación con la aptitud de las empresas para formar parte.

La LCSP regula los acuerdos marco en el título II, sobre "racionalización técnica de la contratación", del Libro III, relativo a la "selección del contratista y adjudicación de los contratos".

Aunque, estrictamente, en este título no se contiene una definición de los acuerdo marco, ésta se desprende de las previsiones contenidas, por una parte, en el artículo 178 de la LCSP, que los configura como uno de los sistemas para racionalizar y ordenar la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, y, por otra parte, en el artículo 180 de la LCSP, el cual, entre otras previsiones, los califica de "instrumentos" y dispone que los órganos de contratación del sector público los pueden concluir con la finalidad de fijar las condiciones a que se tienen que ajustar los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo determinado.

Por otra parte, los apartados 3 y 4 del artículo 182 de la LCSP establecen las diferentes tipologías de acuerdos marco, al prever la posibilidad de concluir los siguientes:

- Acuerdos marco con un solo empresario; en este caso, los contratos basados en ellos se tienen que adjudicar de conformidad con los términos que se establezcan y los órganos de contratación pueden hacer consultas por escrito al empresario, para pedirle, si es necesario, que complete su oferta¹⁴.

¹¹ Así lo recuerda el considerando segundo de la Directiva 18/2004, como también el TJUE en múltiples sentencias.

¹² De acuerdo con el artículo 1 de la LCSP, tiene por objeto regular la contratación del sector público, con el fin de garantizar que se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y asegurar, entre otros, la salvaguardia de la libre competencia.

¹³ Esta Junta Consultiva ha analizado anteriormente las características de los acuerdos marco, aunque en relación con una cuestión y desde una perspectiva diferentes, en el Informe 7/2008, de 7 de julio.

¹⁴ El artículo 9.3.a de la LCSP impone la aplicación de las normas que regulan este tipo de acuerdo marco para la contratación de suministros por precio unitario en que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva en función de las necesidades del adquirente.



- Acuerdos marco con diversos empresarios; en este caso la adjudicación de los contratos en él basados se tiene que efectuar:

- aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación
- convocando a las partes a una nueva licitación, de acuerdo con el procedimiento regulado en el mismo artículo 182 de la LCSP, cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco¹⁵.

En el ámbito comunitario, la Directiva 2004/18/CE, define el acuerdo marco como "*un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas*" (artículo 1.5).

Asimismo, conviene también tener presente, a efectos de delimitar el concepto de acuerdo marco, la opinión de la Comisión Europea recogida en el Documento CC/2005/03, que lleva por título "Ficha explicativa -acuerdos marco- directiva clásica". En este documento se afirma que, aunque la Directiva 18/2004/CE se refiera exclusivamente a acuerdos marco, de acuerdo con sus disposiciones se puede distinguir entre:

- Acuerdos marco que fijan todos los términos: esta variante, de acuerdo con el documento a que se ha hecho referencia, se puede denominar "contratos marco" y "*constituyen contratos públicos tradicionales*".
- Acuerdos marco que no fijan todos los términos: esta variante, de acuerdo con el documento referido, se puede denominar "acuerdos marco *stricto sensu*"¹⁶.

En este caso, el acuerdo marco celebrado con un único empresario establece todos los términos que tienen que regir los contratos que se deriven, de manera que sólo quedan sin precisar el volumen total de las unidades a suministrar.

¹⁵ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha analizado cual tiene que ser el contenido mínimo de un acuerdo marco para considerar que establece todos los términos en el informe 43/08, de 28 de julio de 2008.

¹⁶ Esta misma distinción la efectúa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el informe 14/2008, de 10 de julio, ya mencionado, en el cual se define, por una parte, el contrato marco como aquél en que las partes fijan con precisión todos los términos y los contratos derivados no requieren ninguna licitación, por ser una ejecución concreta del acuerdo inicial, y, por otra parte, el acuerdo marco como aquél en que sólo se regula el marco normativo contractual y que requiere su precisión, cuando se concreta la necesidad, mediante la licitación de un contrato derivado en el que se fijan las obligaciones concretas.



Al mismo tiempo, en ambos tipos de acuerdo marco se puede distinguir entre los concluidos con un único empresario y los concluidos con diversos empresarios.

Esta distinción es importante, como más adelante se verá, a efectos de determinar la solvencia mínima que será conveniente requerir a las empresas para formar parte de cada uno de ellos.

Asimismo, también es importante destacar, a este efecto, el límite, contenido tanto en la Directiva 18/2004 como en la LCSP¹⁷, relativo a que la posibilidad de recurrir a los acuerdos marco no se efectúe de manera abusiva o de manera que la competencia quede obstaculizada, restringida o falseada.

Al margen de la definición y de las tipologías de acuerdos marco que se pueden celebrar, la regulación que de esta figura se contiene en la LCSP es muy escasa y hace referencia, únicamente, al procedimiento de celebración de los acuerdos marco (artículo 181 de la LCSP) y a la adjudicación de los contratos que se basan en ellos (artículo 182 de la LCSP).

Con respecto al procedimiento de celebración de los acuerdos marco, y a efectos del análisis que se lleva a cabo en el presente informe, hay que poner de relieve, en primer término, que para la celebración de los acuerdos marco la Directiva 18/2004 prevé, y que la LCSP parece prever, la exigencia de los requisitos de aptitud para contratar con el sector público.

Ciertamente, el artículo 32.2 de la Directiva 18/2004 remite, para celebración de los acuerdos marco, a las normas de procedimiento previstas en la Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en ellos, entre las cuales se encuentran incluidas las normas sobre capacidad económica y financiera y capacidad técnica y profesional, que se contienen en los artículos 47 y 48, respectivamente, del capítulo VII - relativo al "desarrollo del procedimiento" - del Título II de la Directiva 18/2004.

Por su parte, el artículo 181.1 de la LCSP dispone que para la celebración de un acuerdo marco se tienen que seguir las normas de procedimiento que establece la propia LCSP para la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas, entre las que no se encuentran incluidas las normas relativas a las condiciones de aptitud de las empresas. No obstante, el hecho de que estas normas se encuentran incluidas en el Libro I de la LCSP, relativo a la "configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos", así como la necesidad de interpretar la LCSP de acuerdo con lo que prevé la Directiva 18/2004, conllevan tener que entender que dichas normas relativas a las condiciones de aptitud de las empresas también resultan de aplicación para la celebración de los acuerdos marco -más teniendo en cuenta que, necesariamente, hay que garantizar que las empresas que sean seleccionadas para formar parte de un acuerdo marco tengan la aptitud suficiente para poder llevar a cabo los contratos que se adjudiquen durante su vigencia.

¹⁷ Artículo 32.2, último párrafo, de la Directiva 18/2004 y artículo 180.1, último inciso, de la LCSP.



En segundo lugar, también hay que tener presente que ni la LCSP ni la Directiva 18/2004 hacen referencia a la "adjudicación" de acuerdos marco -sino que ambas se refieren a la "celebración" de estos acuerdos-, así como tampoco a empresas adjudicatarias de los acuerdos marco -sino que hacen referencia a "empresas que son parte" de estos acuerdos-, de manera que la terminología relacionada con la adjudicación sólo se utiliza en sede de regulación de los acuerdos marco, cuando se hace referencia a los contratos derivados, los cuales sí son contratos del sector público en sentido estricto, a diferencia de lo que sucede con los acuerdos marco *stricto sensu* -ya que, como se ha indicado, la propia Comisión Europea considera que los contratos marco constituyen contratos tipos tradicionales.

Adicionalmente, se puede señalar que es conforme con la conclusión de que los acuerdos marco *stricto sensu* no comparten la naturaleza jurídica de los contratos del sector público "tradicionales", el hecho que la definición de los acuerdos marco contenida tanto en la Directiva 18/2004 como en la LCSP, a la cual se ha hecho referencia anteriormente, se refiera a ellos como "acuerdos" y como "instrumentos" incluidos en la categoría de sistemas para la racionalización técnica de la contratación.

Llegados a este punto, hay que indicar que la dificultad de determinar la naturaleza jurídica propia de los acuerdos marco deriva de su origen en el derecho comunitario de contratos, lo cual dificulta su encaje en ninguna de las categorías típicas de negocios jurídicos existentes en nuestro derecho interno. Así, en un intento de efectuar este encaje, se puede mencionar el criterio seguido por el Consejo de Estado en el informe de 25 de mayo de 2006, emitido en relación con el anteproyecto de la LCSP (Ref. 514/2006), en el cual afirma, respecto de los acuerdos marco y entre otros extremos, que es una figura basada en la categoría del contrato normativo¹⁸.

En todo caso, precisamente el hecho de que los acuerdos marco no tengan la misma naturaleza jurídica que los contratos del sector público "tradicionales", junto con la falta de regulación de muchos aspectos de orden práctico procedimentales (como, por ejemplo, el propio que motiva la emisión de este informe, entre muchos otros), provoca que se planteen dudas con respecto a la utilización de esta figura, especialmente cuando, en determinados casos, las normas aplicables a los contratos del sector público se manifiestan inoperantes o, incluso, inaplicables a los acuerdos marco.

IV. Solvencia mínima que procede exigir a las empresas que quieran formar parte de los acuerdos marco

Con el fin de determinar cuál es la solvencia mínima que hay que requerir que acrediten las empresas para poder participar y, en su caso, llegar a ser parte de un acuerdo marco, hay que tener en cuenta la necesidad de compatibilizar los aspectos que se han ido poniendo de manifiesto en las consideraciones jurídicas anteriores de este informe.

¹⁸ También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 14/2008, de 10 de julio, citado anteriormente, considera que la figura del acuerdo marco es "*una modalidad contractual inspirada en la categoría del contrato normativo*".



Así, para llevar a cabo aquella determinación, hay que tener en cuenta la necesidad de respetar la finalidad de los acuerdos marco -que, como a medios de racionalización de la contratación pública, consiste en dotar a esta contratación de la flexibilidad necesaria que permita mayor eficiencia en la asignación de recursos-, sin olvidar la necesidad de garantizar que las empresas que formen parte tengan la aptitud suficiente para llevar a cabo los contratos que se deriven.

Asimismo, también hay que tener en cuenta la prohibición de recurrir a los acuerdos marco de manera que la competencia se vea obstaculizada o restringida, así como la necesidad que tanto la determinación de la solvencia mínima a requerir, como la aplicación del sistema de clasificación empresarial, se haga teniendo en cuenta los principios generales de la contratación pública.¹⁹

En este sentido, y en el marco de la necesidad que los órganos de contratación tengan en cuenta que las decisiones que adopten en la fase de elección, diseño y desarrollo de los procedimientos de contratación no pueden generar distorsiones competitivas, en la fase de diseño de los acuerdos marco se tienen que evaluar los concretos contratos que se derivarán para tomar la decisión de que requisitos de participación establecer, de manera que no resulte una vulneración del principio de libertad de acceso a las licitaciones, recogido expresamente en el artículo 1 de la LCSP, ni tampoco una restricción a la competencia.

Por lo tanto, es muy conveniente que los órganos de contratación conozcan la estructura competitiva y la oferta real del mercado a que recurren para poder realizar una valoración adecuada, en el momento del diseño de las licitaciones, de las condiciones a requerir, dado que para determinar cuál tiene que ser la solvencia mínima necesaria para formar parte de los acuerdos marco hay que determinar, con carácter previo, las características de los contratos derivados. Así, la solvencia mínima que procede requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco tiene que ser proporcional y relacionada con el objeto de los contratos que se derivarán.

En esta misma línea, hay que afirmar que la determinación de la clasificación empresarial que, en su caso, procede requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de un acuerdo marco, tiene que hacerse teniendo en cuenta el objeto y la cuantía de los contratos derivados a cuya adjudicación podrán concurrir.

No obstante, se podría cuestionar la posibilidad de exigir la clasificación empresarial como requisito de aptitud para formar parte de un acuerdo marco²⁰ a pesar de que, dada la falta

¹⁹ La Comisión Nacional de la Competencia también recuerda, específicamente para el sistema de clasificación empresarial, la necesidad de aplicarlo teniendo en cuenta estos principios generales, en el ya citado informe IPN 04/2008 (punto IV.1).

²⁰ Ciertamente, esta exigencia se podría cuestionar dada la naturaleza jurídica de los acuerdos marco, que no se corresponde, como se ha dicho, con la de los contratos del sector público tradicional, así como el tenor literal del artículo 54 de la LCSP -que dispone que procede la exigencia de clasificación empresarial *"para contratar con las administraciones públicas la ejecución de contratos"* - y la imposibilidad de exigir la clasificación empresarial en supuestos diferentes a los



de regulación específica de la figura de los acuerdos marco, a la que ya se ha hecho referencia, así como la aplicabilidad a estos acuerdos de las normas contenidas en el capítulo de la LCSP relativas a la aptitud de las empresas, tampoco parece que se pueda excluir en todo caso esta posibilidad, siempre que se exija en los supuestos en que se considere proporcional, teniendo en cuenta los presupuestos de licitación que se estime que tendrán los contratos derivados.

Por otra parte, también es necesario tener presente a la hora de hacer el diseño de la licitación del acuerdo marco y, en concreto, de determinar cuál es la solvencia mínima necesaria que tienen que acreditar las empresas para formar parte, si el acuerdo marco - tanto si es un contrato marco como si es un acuerdo marco *estricto sensu*, es decir, tanto si fija como no todos los términos- se celebra con uno o con diversos empresarios.

Así, cuando el acuerdo marco se celebre con un único empresario, la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a requerir como requisito de aptitud hay que hacerla teniendo en cuenta, además del objeto y la cuantía de los contratos derivados, que el adjudicatario de este contrato tiene que tener una solvencia suficiente para llevar a cabo la totalidad de los contratos que se deriven. En cambio, cuando el acuerdo marco o el contrato marco se celebra con diversos empresarios, cada uno de éstos no tiene que tener necesariamente solvencia para llevar a cabo la totalidad de los contratos derivados.

Llegados a este punto y de acuerdo con las consideraciones efectuadas, hay que concluir la inconveniencia de establecer una única fórmula o solución para que la sigan los órganos de contratación para determinar los requisitos mínimos de solvencia que tienen que requerir a las empresas como requisito de aptitud para participar en las licitaciones de los acuerdos marco.

En este sentido, son diferentes las opciones que, en función de las diferentes tipologías y circunstancias que pueden concurrir en la celebración de un acuerdo marco y de las características concretas del mercado y de la prestación que conforme su objeto, se pueden tomar para conseguir que la solvencia mínima mencionada sea la adecuada para garantizar la aptitud de las empresas y sea, al mismo tiempo, respetuosa con los principios generales de la contratación pública.

Con carácter previo al planteamiento ejemplificativo de cuáles podrían ser algunas de estas opciones, y dado el supuesto que se plantea en el escrito de consulta, hay que cuestionar - o, incluso, descartar- que sea proporcionada y respetuosa con el principio de libre concurrencia la opción consistente en determinar la solvencia mínima a requerir como requisito de aptitud para participar en un acuerdo marco en función del presupuesto de todo el acuerdo marco, especialmente si éste se celebra con diversos empresarios.

Como posibles mecanismos para determinar la solvencia mínima que procedería requerir en los acuerdos marco, se pueden mencionar la fijación de esta solvencia mínima sobre la base

expresamente previstos en la LCSP, a la que se ha hecho referencia en la consideración jurídica II de este informe.



de las características de un contrato derivado estándar, cuando se trate de acuerdos marco en que se prevea que los contratos derivados serán todos ellos relativamente homogéneos; o la división del acuerdo marco en lotes en función de la cuantía de los contratos derivados, de manera que la solvencia a requerir en cada uno de los lotes sea proporcional a éstos²¹; o, cuando se trate de acuerdos marco con un único empresario, fijar la solvencia mínima necesaria en función de la cuantía del contrato derivado de mayor presupuesto que se prevea suscribir.

En el supuesto específico en qué, a diferencia del que se plantea en el escrito de consulta, se prevea que los presupuestos de los contratos derivados de un acuerdo marco sean iguales o superiores a los importes a partir de los cuales es exigible la clasificación empresarial para contratar con las administraciones públicas, se puede considerar proporcional pedir la acreditación de la solvencia mínima requerida para participar en el acuerdo marco mediante la clasificación empresarial en la categoría inferior, o bien establecer y regular la exigencia de una determinada clasificación empresarial como condición de ejecución del propio acuerdo marco -esto es, como condición para mantener la condición de signatario del acuerdo marco-, para garantizar que las empresas que forman parte pueden presentarla como medio para acreditar su solvencia en los concretos contratos concretos derivados en qué, por razón de su importe, se requiera.

De esta manera, y en relación con la posibilidad planteada en el escrito de consulta de que presenten oferta en la licitación de un acuerdo marco empresas no clasificadas, la respuesta tendría que ser necesariamente negativa si la clasificación empresarial se ha exigido como requisito de aptitud para formar parte del acuerdo marco. En cambio, si el órgano de contratación requiriera la clasificación empresarial como condición de ejecución del mismo acuerdo marco, por prever que ésta será exigible para adjudicar los contratos derivados, las empresas que acreditaran la solvencia mínima requerida para formar parte del acuerdo marco sí podrían presentar su oferta en la licitación de este acuerdo marco y obtener la clasificación empresarial posteriormente, de acuerdo con la regulación establecida en el pliego.

En todo caso, hay que recordar que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LCSP, la clasificación empresarial acredita la solvencia para la realización de contratos del mismo tipo que aquéllos para los cuales se haya obtenido y para cuya formalización no se exija tenerla, de manera que, en los términos y con las condiciones fijadas por este precepto, la clasificación empresarial puede ser un medio válido de acreditación de la solvencia para las empresas, tanto para participar en acuerdos marco, como para poder ser adjudicatarias de contratos derivados.

²¹ La propia Ficha explicativa sobre acuerdos marco, a la que se ha hecho referencia anteriormente, menciona como iniciativa útil la división en lotes de los acuerdos marco a efectos de contribuir al desarrollo de una competencia efectiva, referida, en el caso que se plantea en este documento, a la presencia de proveedores dominantes.



Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La solvencia mínima que procede requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco tiene que ser proporcional y relacionada con el objeto de los contratos que derivarán y su determinación hay que hacerla teniendo en cuenta las especificidades y las características de los diferentes supuestos que pueden concurrir, de acuerdo con lo que se ha expuesto en la consideración jurídica IV de este informe.

Asimismo, y de acuerdo con lo que se ha expuesto en aquella misma consideración jurídica, la determinación de la clasificación empresarial que, en su caso, procede requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de un acuerdo marco, tiene que hacerse teniendo en cuenta el objeto y la cuantía de los contratos derivados a cuya adjudicación podrán concurrir.

Barcelona, 14 de abril de 2011